

femme ne peut souscrire aucun acte sans être munie de l'autorisation de son mari ou de la justice ; or, le pouvoir qui d'avance lui aurait été conféré dans le contrat de mariage, pourrait à bon droit paraître insuffisant comme ayant été donné par anticipation pour un cas que les circonstances ultérieures ont pu singulièrement modifier ; en second lieu, la vente une fois consentie, comment la femme pourrait-elle recevoir ? dès l'instant que sous l'empire du régime dotal, le pouvoir d'administrer appartient uniquement au mari, il faudrait donc ordonner en même temps que ce dernier aurait seul qualité pour recevoir, de telle sorte que l'un des époux serait le vendeur sous la condition de ne pas toucher le prix, et l'autre recevrait le prix sous la condition de ne pas participer à la vente, il y aurait là la plus étrange anomalie. On considère la clause qui amènerait ce résultat comme une clause nulle, elle porterait une véritable atteinte aux effets que doit produire la puissance maritale, et à ce titre elle serait comprise dans la disposition de l'art. 1588, qui annule des dispositions de cette nature.

158. En permettant aux époux d'aliéner ou d'hypothéquer l'immeuble dotal, le contrat de mariage peut y apporter une restriction, par exemple s'il était ajouté que cette aliénation ou cette hypothèque ne serait valablement consentie qu'*en cas de nécessité*. Le législateur en pareille circonstance a lui-même autorisé la vente ; car les différentes dérogations apportées à l'art. 1554 ont toutes été motivées par les nécessités dans lesquelles se trouvaient placés les époux ; mais lorsque le contrat de mariage s'explique lui-même sur ce point, il semble qu'il y a quelque chose de plus,

autrement la stipulation eût été complètement inutile si elle devait se confondre avec les prévisions légales ; une clause est réputée avoir une portée sérieuse, dès lors on ne doit pas croire que les parties en s'expliquant de la sorte aient voulu seulement faire allusion à un état de choses qui déjà existait de plein droit ; ajoutons encore que dans le langage ordinaire, la vente permise *en cas de nécessité* pourrait être autorisée dans une foule de circonstances auxquelles ne s'appliqueraient en aucune manière les exceptions du Code. Parmi les circonstances qui présentent une urgence extrême, qui provoquent un besoin pressant, l'art. 1558 a désigné quelques hypothèses spéciales qui ont été l'objet d'une condescendance particulière, mais il serait facile d'en ajouter beaucoup d'autres. Rien de plus aisé que de multiplier à cet égard les exemples, surtout en étendant les nécessités aux changements que les positions diverses qui se succèdent dans la vie peuvent amener. Supposons qu'un emploi ayant été conféré au mari, il se trouve contraint pour en remplir les fonctions, d'aller prendre son domicile dans un lieu éloigné du siège des immeubles dotaux, supposons encore que ces immeubles exigent pour leur administration une surveillance personnelle, dont le défaut deviendrait compromettant pour leur conservation, telle serait l'exploitation d'une usine, d'un vignoble, en pareille occurrence, aux yeux du monde il serait vrai de dire qu'il y a nécessité de vendre, parce que retenir la chose c'est l'exposer à dépérir, à perdre dans un temps rapproché une portion notable de sa valeur. Un cas de la même nature se présenterait encore si, par suite d'une succession, la femme était

appelée à recueillir une maison de plaisance décorée avec un grand luxe, et obligeant en quelque sorte ses habitants à un état de dépense qui n'est point en harmonie avec la condition des époux ; on conçoit alors que la vente de cet édifice, gênant pour ses propriétaires, devient en quelque sorte une nécessité ; ces divers exemples qu'on pourrait reproduire à l'infini, suffisent pour démontrer que la convention des parties contient une latitude que l'on ne rencontre pas dans la loi, l'exécution doit par conséquent se ressentir de cette latitude.

Toutefois, comme on ne peut se dissimuler que la clause dont il s'agit présente dans ses termes quelque chose de vague et d'indéterminé, la prudence impose à l'acquéreur l'obligation de faire constater que l'aliénation a été amenée par une nécessité réelle, et qu'ainsi la vente n'a été faite que parce que l'on se trouvait précisément dans le cas prévu par le contrat de mariage. La condition stipulée doit en effet être vérifiée pour que l'on ait la certitude qu'elle s'est réalisée ; or, comment justifier qu'elle s'est accomplie sans l'intervention des tribunaux ? l'acquéreur en conséquence ne payera point sur-le-champ le prix de la vente, il se laissera actionner ; dans l'instance qui se trouvera engagée, le tribunal examinera les faits qui ont amené la vente, et qui ont pu la rendre nécessaire, et si le résultat de cette épreuve est favorable, il la confirmera indirectement en ordonnant le paiement des sommes demandées. Cette marche a l'inconvénient toujours fâcheux d'amener des frais judiciaires ; mais lorsqu'on réfléchit que la dissolution du mariage peut avoir lieu après un très grand intervalle, de telle

sorte qu'il existe une longue série d'années entre le jour de la vente et le jour de cette dissolution, on comprend combien il serait difficile de retrouver les traces effacées des motifs qui ont servi à justifier l'aliénation.

159. La clause qui déroge à la rigueur de l'article 1554, est devenue depuis quelque temps une véritable arène, dans laquelle l'esprit de chicane s'est évertué de la manière la plus étrange, afin de susciter des difficultés aux créanciers porteurs des engagements de la femme. On ne craint pas de le dire hautement, il a été fait abus du régime dotal, et les contrats de mariage souscrits sous son empire se sont transformés en pièges réels tendus à la bonne foi ; une sévérité véritablement puritaine, une exagération déplacée ont outré la juste protection dont les femmes devaient être entourées, et la continuation d'un semblable état de choses ne tarderait pas à amener la proscription complète d'un système qui aurait enfanté les résultats les plus odieux. On y renoncerait, non pas à cause de ses vices réels, loin de là, avec une interprétation saine et logique il est susceptible de porter des fruits utiles ; mais parce qu'en outrant certaines règles on a fait d'une réserve sage une entrave absolue.

On a été jusqu'à élever des doutes sur le point de savoir si la femme, mariée sous le régime dotal, pouvait valablement stipuler la réserve d'hypothéquer les immeubles compris dans sa constitution ; cependant la lecture superficielle de l'art. 1554, devait suffire pour les faire disparaître ; en effet, dans cet article, la prohibition d'aliéner, et la prohibition d'hypothéquer, sont placées sur la même ligne, et quand il est ajouté que

ces prohibitions sont communes aux deux époux, *sans les exceptions qui suivent*, il est évident que ces exceptions s'appliquent à l'une comme à l'autre; dès-lors, si, plus tard, et dans les articles qui concernent ces mêmes exceptions, on ne retrouve pas la double mention de l'aliénation et de l'hypothèque, il faut en conclure que c'est uniquement pour éviter une redondance, *brevitatis causâ*. Le principe avait été posé, les exceptions avaient été déclarées embrasser les deux cas qu'il contenait, c'eût été imposer l'obligation d'une répétition fastidieuse, d'une logomachie choquante, que de prescrire le retour continu des deux indications qui, une première fois, avaient été faites; on n'insiste pas davantage, parce que les débats qui vont s'ouvrir sur une autre question, fournissent à celle-ci le complément du commentaire qui lui manque.

140. Fréquemment il est arrivé, dans ces derniers temps, que la clause insérée dans le contrat de mariage avait été rédigée en termes moins explicites qu'elle n'aurait pu l'être. Ainsi, les parties s'étaient bornées à dire que la femme, sous l'autorisation de son mari, aurait le pouvoir d'aliéner ses immeubles; on s'est alors demandé, si, dans ce cas, elle aurait également celui de les hypothéquer.

Si de nombreux arrêts, rendus en sens divers, n'étaient intervenus à ce sujet, on ne pourrait croire qu'il eût fourni les éléments d'une grave controverse; une fois qu'il a été permis de stipuler l'aliénation du fonds dotal dans un contrat de mariage, cette concession, une fois faite par le législateur lui-même, il ne reste plus qu'à examiner si l'hypothèque ne constitue pas elle-même une aliénation, et si l'inten-

tion des parties, qui voulaient aller aussi loin que possible, avait été de s'arrêter dans des limites particulières, moins étendues que celles qui résultaient d'une extension indéfinie; or, comme le droit répondait affirmativement sur le premier point, et que le bon sens conduisait à la négative sur le second, il semblait que la question devait être immédiatement tranchée, et qu'avec toute la sécurité possible, il était permis d'admettre que le pouvoir d'aliéner, renfermait le pouvoir d'hypothéquer. Il en a cependant été autrement, et dans le dernier état de la jurisprudence de la Cour de cassation, c'est le contraire qui doit être proclamé comme étant la vérité.

Le respect qu'inspirent les lumières des magistrats supérieurs, impose l'obligation d'un examen attentif; on s'efforcera cependant d'en resserrer les bornes, parce que, dans les matières abstraites, l'esprit se lasse si promptement, qu'il ne faut pas, dans l'intérêt du bon droit, le fatiguer par une longue exigence.

Dès l'instant où la femme a été autorisée à aliéner son immeuble, il est clair qu'elle a acquis le pouvoir de disposer de la propriété entière, et, par conséquent, de faire, à ce sujet, l'usage qu'il lui plaira du pouvoir qu'elle s'est réservé, pourvu que cet usage constitue une aliénation. Ainsi, l'on ne constatera pas qu'elle ne puisse établir un usufruit, que, valablement, elle ne consente une servitude. En vertu de la réserve que contient le contrat de mariage, ces actes forment une modalité de l'aliénation, et dès l'instant où ils sont embrassés par la généralité de ce terme, il n'existe aucune raison pour les interdire, une fois que la permission d'aliéner a été stipulée. L'on a, plus d'une

fois, comparé le contrat de mariage à un mandat irrévocable, il détermine, en effet, les droits respectifs des époux sous le rapport de l'association conjugale, et en trace les limites. Il est donc naturel d'aller demander aux règles qui concernent le mandat en général, les principes dont on a besoin pour un cas analogue. Dans une législation qui procède par voie d'ensemble, comme celle établie par les rédacteurs du Code civil, toutes les parties du tout sont coordonnées entre elles et réagissent mutuellement les unes sur les autres; or, supposons qu'un mandataire ait reçu le pouvoir d'aliéner, ce mandataire pourrait certainement grever d'une hypothèque l'immeuble soumis à sa gestion. L'art. 1988 ne pourrait recevoir une interprétation différente. « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès. » Ici comme dans l'article 1554, on retrouve la mention de l'aliénation et de l'hypothèque. Est-ce à dire pour cela que l'un de ces actes ne soit pas une dépendance de l'autre, que l'aliénation ne soit pas le genre, tandis que l'hypothèque est seulement l'espèce? Non sans doute; la rédaction a été ainsi conçue pour prévenir toute équivoque, pour ajouter la preuve certainement inutile que les deux droits étaient placés sur la même ligne. Veut-on la preuve certaine que les auteurs de l'article étaient animés de cette pensée? on la trouve dans ces derniers termes: *ou de quelque autre acte de propriété*. L'on nous concédera bien que le mandataire avec pouvoir d'aliéner peut consentir un usufruit et une servitude. Il est évident que ce sont là des démembrements

de l'aliénation. Celui qui a le pouvoir de céder la totalité, doit avoir celui de ne céder qu'une partie, quand le contrat par lequel l'aliénation s'opère n'a pas été spécialement indiqué. Il est clair que l'autorisation s'étend à tout contrat qui réalise une aliénation quelconque. Cependant l'article, après avoir parlé de l'aliénation, avait exigé le mandat exprès pour tous les autres actes de propriété. Donc ces expressions n'étaient nullement restrictives; donc il ne faut pas les entendre en ce sens que le mandat doit être exprès pour aliéner, exprès pour hypothéquer, exprès pour tout autre acte de propriété; mais que le mandat, pour aliéner, c'est-à-dire pour vendre, pour hypothéquer et pour tout autre acte de propriété, doit être un mandat exprès. Voilà l'interprétation qui coïncide avec les intentions présumées des parties, qui ont incontestablement compris que le moins était contenu dans le plus, et que celui qui était maître de disposer de la chose pouvait le faire sous la forme qu'il jugeait à propos d'adopter; voilà la loi mise en harmonie avec le bon sens, et n'ayant plus à redouter le reproche d'une subtilité captieuse qui lui donne l'apparence d'un sophisme. Qu'est-ce en effet qu'une hypothèque, si ce n'est un des moyens à l'aide desquels une aliénation se réalise? Consultons la définition de l'aliénation. Nous la trouvons dans un seul auteur, mais elle a été consacrée par le suffrage de tous: « *Alienatio, intelligitur hoc nomine omnis actus quo proprietas vel ipsius corporis, vel et juris in re dotali compellentis, veluti emphitenseos, superficiei, servitutis, pignoris ve in alterum transfertur.* » Il est donc bien constant que l'hypothèque est une aliénation. L'hypothèque n'est

autre chose qu'un consentement donné d'avance et par anticipation à la vente de l'immeuble qui en est grevé avec affectation du prix de cet immeuble en faveur du créancier, si le remboursement de la somme qu'il a prêtée n'a pas lieu à l'expiration du terme. L'hypothèque n'est donc, dans la réalité, qu'une permission de vendre, qu'une promesse qui doit être assimilée au contrat lui-même. Il faut, en effet, franchir par la pensée les formalités qui successivement doivent être remplies pour arriver au résultat; or, ce résultat n'est qu'une vente, c'est-à-dire une aliénation. Elle serait certainement permise au mandataire investi du pouvoir d'aliéner. Pourquoi donc serait-elle interdite aux époux qui puisent un pouvoir identique dans leur contrat de mariage? Comment le décider ainsi en présence de l'article 2124, qui proclame clairement que le droit d'hypothéquer n'est qu'une délibération du droit d'aliéner? « *Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent.* »

Cependant, on le répète, la Cour de cassation a admis une jurisprudence contraire. On connaît la haute influence qu'elle exerce; on ne contestera point qu'elle ne soit un juste tribut rendu à ses lumières, et à l'appui qu'elle prête habituellement aux saines doctrines. Néanmoins, comme un arrêt ne doit jamais être admis qu'à raison des motifs sur lesquels il se fonde, il sera permis de discuter ceux qui ont prévalu devant la Cour suprême, afin de reconnaître s'ils étaient assez graves pour autoriser les perturbations déplorables qui ont été portées dans de nombreux traités.

On choisira pour cet examen une espèce où les

questions se détachent de la manière la plus nette et la plus tranchée.

Le 28 avril 1807, la demoiselle Carrand contracta mariage avec le sieur Escoffier. Dans le contrat nuptial on lisait la clause suivante : « Déclarent les parties « qu'elles entendent contracter le présent mariage « sous le régime dotal et non sous le régime social « auquel elles renoncent, convenu entre les parties « que les biens-immeubles de la demoiselle future « épouse pourront être vendus, cédés et autrement « aliénés de son consentement. » Plus tard, les époux contractent un emprunt vis-à-vis de la dame Besson, qui exigea une hypothèque sur les immeubles dotaux. Cette hypothèque fut consentie. La dame Besson étant décédée, les mariés Villers, ses héritiers, réclamèrent le paiement de la somme qui était due. Ce paiement n'ayant pas été fait, ils dirigèrent des poursuites, et les biens hypothéqués à la créance furent saisis immobilièrement; c'est alors que la dame Escoffier a prétendu qu'elle n'avait pu valablement hypothéquer ses biens dotaux. Un arrêt rendu par la Cour royale de Lyon, le 17 février 1835, rejeta cette prétention. Il y eut pourvoi, et la Cour suprême a cassé cet arrêt en se fondant sur les raisons qui vont successivement être examinées.

« Attendu que l'arrêt dénoncé n'a pas déclaré en « fait et par voie d'interprétation du contrat de ma- « riage des époux Escoffier que leur intention avait « été de stipuler la faculté d'hypothéquer les biens « dotaux de la femme; qu'il a décidé, en droit, que « la réserve d'hypothéquer les immeubles appartenant « à la femme, est plutôt la restriction que l'extension

« du droit de les aliéner, et que la faculté réservée à
 « la future épouse, conformément à l'art. 1557 du
 « Code civil, de vendre, de céder et autrement alié-
 « ner ses immeubles, lui conférait capacité pour sous-
 « crire le cautionnement solidaire et hypothécaire
 « contenu dans l'obligation du 27 janvier 1825. »

Cette première censure se réfère uniquement au système de rédaction de l'arrêt rendu par la Cour royale. On semble reconnaître que les magistrats dont il fut l'ouvrage étaient libres d'interpréter, comme ils en ont toujours le droit, la clause du contrat de mariage; qu'ils pouvaient, à l'aide de cette interprétation, reconnaître quelle avait été la volonté des parties, dès qu'elles avaient entendu conférer le droit de créer une hypothèque, et que c'est pour ne s'être pas placés sur ce terrain qu'ils ont encouru la désapprobation de la Cour suprême. D'où il suit que si la formule de l'arrêt eût été différente, les mariés Villers n'avaient plus à redouter les efforts de leurs adversaires. Admettons en effet que la Cour royale de Lyon, tout en considérant le procès sous le même point de vue, n'eût pas voulu emprunter les termes de la solution aux principes du droit, et qu'elle les eût puisés dans les termes du contrat, il est permis de croire que l'issue n'eût pas été la même. Cependant, comme on va le voir, la nuance appartient entièrement à l'expression; elle ne touche en aucune manière au fond des choses, et cette nuance est si légère qu'elle est en quelque sorte imperceptible. La rédaction qui eût désarmé la Cour de cassation, pouvait aussi facilement tomber de la plume de l'auteur de l'arrêt que celle adoptée; il pouvait dire que les conventions matrimoniales sont sus-

ceptibles d'être interprétées comme les contrats ordinaires, que la pensée qui doit alors servir de guide est celle qui conduit à rechercher la commune intention des époux, qu'en se soumettant au régime dotal ils peuvent le modifier ainsi qu'ils le jugent convenable et que les changements par eux apportés doivent être combinés avec les idées qui, le plus naturellement, avaient pu s'offrir à leur esprit. Or, les mariés Escoffier, habitant un département formé de l'ancienne province du Lyonnais, et l'édit de 1664, permettant à la femme, quoique mariée sous le régime dotal, de vendre et d'hypothéquer, rien de plus logique que d'interpréter la clause de leur contrat de mariage en ce sens que la future avait voulu conserver ses droits tels qu'ils auraient existé si elle s'était mariée un peu plus tôt, tels que le voulaient les habitudes de la localité dont l'influence est toujours si grande!!! En empruntant à ces considérations les motifs de son arrêt, la Cour royale de Lyon lui eût donné une base éminemment solide, et tout porte à croire, d'après le langage de la Cour de cassation, qu'il eût peut-être, à cette époque, échappé à sa censure. Tel est donc le sort des procès, le fond demeurant le même, une formule de rédaction détermine leur issue. Mais entre adversaires de bonne foi, il faut reconnaître que lorsque l'on en est arrivé à ce point, la dissidence n'est plus réelle et qu'il ne reste plus qu'à déplorer une fâcheuse variation. Ajoutons d'ailleurs que l'arrêt de la Cour royale de Lyon supposait, par la force même des choses, que cette interprétation dont l'absence paraît si regrettable, avait dû nécessairement être faite. Quel était le mot du procès, le droit de vendre, céder et

autrement aliéner, contient-il le pouvoir d'hypothéquer ? et la Cour de Lyon ne pouvait prononcer l'affirmative qu'en se livrant à l'interprétation de ces termes, car si elle avait été convaincue que les parties, en stipulant comme elles l'avaient fait, n'avaient pas eu l'intention d'autoriser l'hypothèque, certainement elle n'aurait pas déclaré cette hypothèque valable. La Cour royale a donc pensé que, en constituant le pouvoir d'aliéner, on avait voulu constituer le pouvoir d'hypothéquer, encore une fois, elle n'a pu le décider ainsi, que par une interprétation, et par conséquent le seul blâme qu'elle aurait encouru serait d'avoir interprété sans le dire.

La Cour de cassation poursuit : « Attendu que la
« seule question du procès est de savoir si la faculté,
« stipulée dans le contrat de mariage, d'aliéner l'im-
« meuble dotal, comprend de droit, la faculté de l'hy-
« pothèque. »

Répétons ici l'observation qui précède ; un seul mot arrêta l'essor de la doctrine qui va suivre, et pouvait faire disparaître la question de droit, ou du moins la transformer en une question d'interprétation qui, en dernière analyse, porte sur le fait. Il ne s'agissait pas d'examiner théoriquement la véritable étendue du mot *aliéner*, mais bien de décider si des époux qui l'ont employé dans leur contrat de mariage, ont entendu par-là, restreindre la faculté qu'ils stipulaient au cas d'une vente, ou si leur volonté probable était de l'étendre au cas de l'hypothèque. Voilà l'unique nœud de la difficulté ; les magistrats ne se trouvaient plus alors en présence d'un texte de loi, mais en présence d'un contrat privé dont le sens devait être dé-

terminé ; ce n'était donc pas du droit qu'il fallait faire, c'était l'entente d'une clause à demander aux circonstances dans lesquelles les époux s'étaient trouvés. Mais alors, les procès de cette nature n'ont plus la portée grave qui semblait les transporter dans les hautes régions de la science ; il n'est plus besoin de recherches et d'érudition, c'est l'appréciation d'un acte, qui doit être faite, c'est un appel au bon sens, et, en pareil cas, l'étalage des citations devient complètement inutile.

« Attendu, est-il dit ensuite, que le régime dotal
« tel qu'il est déterminé par le Code civil, quant aux
« biens, a, pour règle générale (art. 1554), que les
« immeubles constitués en dot, ne peuvent être alié-
« nés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le
« mari, ni par la femme, ni par les deux conjointe-
« ment, sauf les exceptions établies dans les articles
« qui suivent : qu'après l'exception, introduite en fa-
« veur de l'établissement des enfants (art. 1555 et
« 1556), l'exception, portée dans l'art. 1557, con-
« siste uniquement dans la faculté conventionnelle
« d'aliéner, réservée par le contrat de mariage, que
« les exceptions aux règles générales, posées par la
« loi, sont de droit étroit et ne peuvent être étendues
« d'un cas à un autre, que l'aliénation et l'hypothè-
« que du bien dotal diffèrent essentiellement entre
« elles, tant par leur nature et leur caractère, que
« par leurs effets, que la vente met à la disposition
« de la femme un prix qui représente le bien vendu,
« et dont elle peut effectuer un emploi utile, tandis
« que l'hypothèque que consent la femme, simple
« caution du mari, expose sa dot à péril sans com-